



河南大學 法學文庫

企业基本经济权利论纲

郑书前 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA



河南大学
法学文库

企业基本经济权利论纲

郑书前 著



图书在版编目(CIP)数据

企业基本经济权利论纲 / 郑书前著. —北京: 法律出版社, 2014

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6872 - 5

I. ①企… II. ①郑… III. ①企业法—研究—中国
IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 217267 号



© 法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印业有限公司

责任印制/沙磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/12.25 字数/200 千

版本/2014 年 11 月第 1 版

印次/2014 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6872 - 5

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

“河南大学法学文丛”最早由陈景良教授十年前提出动议,经过漫长的酝酿、筹备,终于在这个平静中掺杂着不安,躁动中蕴含着希望的夏天启动出版。丛书作者中除景良老师外,多是“70后”,甚至“80后”的新锐学者。这些青年学者来自全国各地,在大江南北、海内海外的高校完成学业后,汇聚到中原古城开封,集结在铁塔脚下的河南大学。几十年的所学、所思,在百年河大的讲堂上喷薄、激荡,又在千年城墙的倒影中沉淀、升华,成一家之言。

丛书首批入选著作共十种,既有古代法制文明的爬梳,又有当代法律规范的诠注;既有对西方法律样本的评介,也不乏对中国法律现实的品评。每部著作的研究方法、行文风格也各不相同。但所有这些著作,无一例外,都承载着作者对于生于斯、老于斯的这个国家、这个社会的深切关怀。作者关心的问题不同、角度不同,思考的深度可能也不同。但每一种思考都是真诚的、严肃的。不哗众,不噤声,不炫技,不藏拙。于平实中求创新,厚积之后乃有薄发。一定程度上,这就是我理解的河大精神,也是我对这套丛书的期待。是否全部做到,尚祈读者诸君明鉴。

丛书得到了河南大学法学院专项经费的资助,得到了法律出版社的支持。特别是丁小宣社长、徐蕊编辑为丛书出版费心良多。在这里向他们致以真诚的谢意。

吴泽勇
2014年夏

前 言

现代市场经济作为法治经济,需要对企业的基本经济权利提供完善和周到的保护。虽然改革开放三十多年来中国经济取得了令世人瞩目的成就,但是从企业层面看仍然存在诸如“企业寿命短暂”、“国企政府化”、“非公企业的不公平待遇”等困扰,因而从理论和制度上探求企业基本经济权利这一命题具有实践意义。

与国内经济法学研究主要是从政府和市场关系入手有别,企业基本经济权利是从“权利”这一法律的本源命题出发的。从权利到基本权利,从基本权利的类型中甄别出基本经济权利,从公民所享有的基本经济权利引申到企业的基本经济权利。本书在对企业基本经济权利做概念和性质的界定及重要性和必要性的探讨后,主要围绕德国、美国和日本宪法制度中涉及的企业基本经济权利展开分析,力求对我国企业基本经济权利制度的设计有所启示。其中德国《基本法》明确规定了企业的营业自由、结社自由、迁徙自由和财产权;美国主要通过其《宪法修正案》第5条和第14条修正案的实体正当程序条款,进而通过判例确立经济正当程序理论,来保护企业的基本经济权利;日本宪法制度受到大陆法系和英美法系的双重影响,对企业基本经济权利的保护既有德国法通过宪法条文直接确认权利的特色,又通过对美国司法审查制度的改良和深化确立了相关的判例规则。在国外制度考察基础上,有必要对我国的企业基本经济权利制度予以学理和实践层面的审视。从宪法经济权利角度来说,我国企业的基本经济权利基本上是缺失状态;从经济法律制度角度看,企业基本经济权利没有得到必要的尊重和有效的保护。

有权利必有限制。企业基本经济权利受到公共利益的限制,但这种限制必须遵从法律保留原则和比例原则,这样才能实现企业基本经济权利和公共利益在法治化的市场经济条件下的良性平衡。企业基本经济权利作为市场经济主体最重要的权利,最终必须通过宪法保障机制尤其是违宪审查

制度才能真正实现。

通过对企业基本经济权利从宪法到经济法的研究,经济法找到了宪法皈依,对经济法的学科体系和研究方法的进一步合理化大有裨益。从法律规范层面承认和明确规定企业基本经济权利,并从执法和司法实践角度保障其实现,是我国社会主义市场经济法治化进程的必然要求。企业基本经济权利的研究是一个长远而重要的话题。

目 录

前 言	(1)
第一章 企业经济权利的一般原理	(1)
一、权利概念和本质的考证	(1)
二、基本权利的含义及类型化	(9)
三、企业基本经济权利与公民基本经济权利的关系	(12)
四、企业基本经济权利的含义、性质及类型化	(19)
第二章 企业基本经济权利的重要性及其宪法保护的必要性	(23)
一、市场经济条件下企业重要性的历史、经济和法律分析	(23)
二、企业基本经济权利宪法保护的必要性分析	(30)
三、企业基本经济权利法律保护在我国的现实意义	(35)
第三章 国外企业基本经济权利内容分析与启示	(42)
一、德国宪法对企业基本经济权利的内容规定和分析	(42)
二、美国宪法上所涉及的企业基本经济权利的内容和分析	(49)
三、日本宪法涉及的企业基本经济权利的内容和分析	(56)
四、国外宪法的企业基本经济权利规定的历史背景分析及对中国的启示	(60)
第四章 企业基本经济权利的国内法分析	(65)
一、企业基本经济权利国内法律体系分工和协调的原理	(65)
二、我国企业基本经济权利宪法保护规范的分析	(71)
三、我国企业基本经济权利经济法保护规则的分析	(76)

第五章 企业基本经济权利的限制及其限度	(130)
一、企业基本经济权利的限制及其限度的理论意义	(130)
二、公共利益对企业基本经济权利的限制及其限度	(133)
三、法律保留与企业基本经济权利	(142)
四、比例原则在企业基本经济权利限制中的运用	(147)
第六章 企业基本经济权利的宪法保障制度构建	(155)
一、企业基本经济权利宪法保障的前提条件分析	(155)
二、企业基本经济权利宪法保障制度的具体内容	(168)
结语：处于转型期中国经济法理论和实践双重困境中的企业基本 经济权利	(175)
一、企业基本经济权利基本属性是先验性、消极性的防御权	(175)
二、企业基本经济权利属于经济宪法的研究范畴	(175)
三、弘扬企业基本经济权利并兼顾公共利益是社会转型期的实 践需要	(176)
四、保障企业基本经济权利需要宪法机制为主导的整体法律制 度的合力作用	(176)
参考文献	(177)
后 记	(187)

第一章 企业经济权利的一般原理

不管是国民的权利,还是个人的权利,大凡一切权利的前提就在于时刻准备着去主张权利。法不仅是思想,而且是活的力量。因此,正义女神一只手持持有衡量权利的天平,另一只手握有为主张权利而准备的宝剑。无天平的宝剑是赤裸裸的暴力,无宝剑的天平则意味着法的软弱无力。天平与宝剑相互依存,正义女神挥舞宝剑的力量与操作天平的技巧得以均衡之处,恰恰是健全的法律状态之所在。^{〔1〕}德国著名法学家耶林用精妙的语言道破了法律与权利之间的密切关系。也就是说,法律的使命是实现正义,法律实现正义的手段是为权利而斗争。法律始终围绕着权利而展开,权利是法律的生命所在,无权利即无法律。权利是研究法律的核心命题。

从权利到人权,从人权到基本权利,从公民的基本经济权利到企业的基本经济权利,有一个自然发展的演进过程。笔者试图对权利发展的历程作简要梳理,从中找到企业基本经济权利的来龙去脉,并对其历史和现状予以分析考证。

一、权利概念和本质的考证

(一)权利概念的复杂性

在西方法律思想史上,“法”与“权利”同义,德语中的“Recht”兼有“法”与“权利”之义,故客观法和主观权利是两个表面看截然不同实则密切关联的概念。法国宪法学家莱昂·狄骥认为“客观法与主观权利成为两个适用的概念,对其的使用也被认为是完全合理的”。^{〔2〕}狄骥在《宪法学教程》中开篇对客观法和主观权利作出了分析。他认为客观法或者法律规则即指施加于社会中个人的一种行为规则。在某一确定时刻,社会认为对这种规则

〔1〕 [德]鲁道夫·冯·耶林:《为权利而斗争》,胡宝海译,中国法制出版社2004年版,第1~2页。

〔2〕 [法]莱昂·狄骥:《宪法学教程》,王文利等译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第3页。

的遵守能保证公正及大众利益。而违背该规则的行为会引起社会的公愤。主观权利是指社会中个人的一种权利。个人有权获得社会对其所追求的结果的认可,条件是其追求目标和行为动机符合客观法。狄骥以个人主义学说阐释了主观权利和客观法的密切关联:主观权利的享有需要客观法确立的规则和秩序加以保障,客观法规则在确立主观权利的同时又对其施加了必要限制。主观权利更多是指个人先国家和前宪法的权利,其内容不需要国家宪法和法律的规定,国家宪法和法律只是承认它而已;客观法则是指社会共同体通过立法程序确认的一种规范或者规则,它们是社会成员相处所需的一种价值共识。^{〔1〕} 在理解和分析权利时,既需要从主观权利入手,又需要结合客观法,同时还要辨析在不同的场合使用者究竟意指的是哪个概念。

由于权利是法律的核心命题和研究法律的理论原点,并且主观权利和客观法使用的是同一个概念,所以权利的含义很难用简单的语言下定义。正如康德所言,“问一位法学家‘什么是权利?’就像问一位逻辑学家一个众所周知的问题‘什么是真理?’同样使他感到为难。他的回答很可能是这样,且在回答中极力避免同义语的反复,而仅仅承认这样的事实,即指出某个国家在某个时期的法律认为唯一正确的东西是什么,而不正面解答问者提出来的那个普遍性的问题。”^{〔2〕} (这里,康德是从客观法角度谈论权利的——笔者注)在现代西方,权利是由政治学家、历史学家、法学家、哲学家所组成的不同学术群体共同关注的焦点。政治学家们从社会政治的角度研究权利,历史学家着重探讨权利概念的历史含义,法学家着重从人与人之间法定关系的角度解释权利,哲学家们则关注权利的性质、权利与义务的联系、权利的功能等问题。^{〔3〕}

(二) 权利含义的不同界说

在西方,历史上对权利的不同界说大致可分为两条线索:其一,政治思想家们或多或少地继承了自柏拉图、亚里士多德以来的传统,从“形而上”的意义上所作的解释;其二,职业法学家们或多或少地继承了古罗马法学家的传统,从“形而下”的意义上就权利的法律层面所作的认识。此二线或平行

〔1〕 郑贤君:“作为客观价值秩序的基本权——从德国基本法看基本权保障义务”,载《法律科学》2006年第2期。

〔2〕 [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈书平译,商务印书馆1991年版,第39页。

〔3〕 M. Freedman, *Rights*, University of Minnesota Press, 1991, p. 1.

相延或交错互织,绽放出权利认识的千姿百态。^{〔1〕}

1. “形而上”的权利观

在探究权利的本质方面,西方比较有代表性的启蒙思想家主要是洛克、孟德斯鸠和卢梭。他们所倡导的“天赋人权”理论对近现代权利本质的研究产生了重要和积极的影响。

洛克通过假设“自然状态”中的“自然法”来对权利加以诠释。他认为,自然状态有一种为人人所应遵守的自然法对它起着支配作用;而理性,也就是自然法,教导着有意遵从理性的全人类:人们既然都是平等和独立的,任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由和财产。^{〔2〕} 为了保证生命、健康、自由和财产这些“天赋的”自然权利,人们需要组成公民社会和国家。任何人把本属自由的本身加入任何国家,他也就通过同一行为把本属自由的财产加入了这个国家,而只要这个国家继续存在,他本身和他的财产就一直受制于这个国家的统治和支配。^{〔3〕} 洛克认为政府存在的首要目的是保护自由和财产。洛克通过自然法对自然权利进行的解读并没有真正揭示出权利的本质,但是他要向世人说明的是,自然权利是先于国家和政府而存在的,政府和国家的存在是保护自然权利的手段。自然权利是“本”,政府是“末”,本末不能倒置。当国家和政府从保护人民的自然权利走向它成立的反面即专权和暴政时,人民有权反抗。

孟德斯鸠在其代表作《论法的精神》里,并未明确论述权利,而是将权利转换为自由。相比于洛克的自然权利理论,孟德斯鸠对自由的论述并未有太多新意。但是,他对于自由所赖以存在的政府体制设计却有独到见解,并对后世政治体制中权力制约、三权分立的制度设计起到了先行者的理论引导作用。孟德斯鸠对政府体制的权力设计缘起于对政府侵犯自由的戒心和不信任感。“政治自由只在宽和的政府里存在。不过它并不是经常存在于政治宽和的国家里;它只在那样的国家的权力不被滥用的时候才存在。但是一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇到有界限的地方才休止。”^{〔4〕} 要享有政治自由,就必

〔1〕 程燎原、王人博:《权利及其救济》,山东人民出版社1998年版,第1~2页。

〔2〕 [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1982年版,第4页。

〔3〕 [英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1982年版,第75页。

〔4〕 [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1959年版,第184页。

须建立一种政府,在它的统治下一个公民不惧怕另一个公民。当立法权和行政权集中在同一个人或者同一个机关之手,自由便不复存在了;因为人们将要害怕这个国王或议会制定暴虐的法律,并暴虐地执行这些法律。如果司法权不同立法权和行政权分立,自由也就不存在了。如果司法权同立法权合二为一,则将对公民的生命和自由施行专断的权力,因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合二为一,法官便将握有压迫者的力量。如果同一个人或是由重要人物、贵族或平民组成的同一个机关行使这三种权力,即制定法律、执行公共决议权和裁判私人犯罪或者争讼权,则一切便都完了。^{〔1〕}孟德斯鸠把英国的自由归结为立法、行政和司法三权分立,以及三权的彼此制约与均衡,并把这一学说作为自由立宪的信条。^{〔2〕}

卢梭在其代表作《社会契约论》中提出人生而自由,自然之权具有不可让渡性。正是为了权利的不可让渡,人们签订了一个社会公约,建立社会和政府。“要寻找出一种结合的形式,使它能以全部共同的力量来卫护和保障每个结合者的人身和财富,并且由于这一结合而使得每一个与全体相联合的个人又只不过是服从其本人,并且仍然像以往一样地自由。”这就是社会契约所要解决的根本问题。……这些条款无疑地也可以全部归结为一句话,那就是,每个结合者及其自身的一切权利全部都转让给整个集体。^{〔3〕}通过将个人权利如自由、平等和财产权让渡给社会,卢梭的理论将人权的“天赋”性质转化为“人赋”性质,将先于国家和社会存在的自然权利转化为由国家法律保障的社会权利。美国著名法学家博登海默对卢梭的理论评价说,毋庸置疑,卢梭的理论极易导向一种专制民主制(an absolute democracy)。在这种民主制中,多数的意志不受任何限制。除了多数的智慧和自律以外,他没有提供任何预防主权者滥用无限权力的措施,也没有提供任何保护自然法的措施。卢梭自认为在一个治理良好的国家中,个人自由与集体权威之间不会发生冲突。但是,他的这种假设是否成立,却是极令人怀疑的。以公意无限至上为基础的社会制度,包含着一种导向专制主义的危险,亦即托克维尔(Tocqueville)所谓的“多数的专制”(tyranny of the majority)。^{〔4〕}

〔1〕〔法〕孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1959年版,第185~186页。

〔2〕〔美〕萨拜因等:《政治学说史》(下册),刘山等译,商务印书馆1986年版,第625~626页。

〔3〕〔法〕卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年版,第19页。

〔4〕〔美〕E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第73页。

以近代启蒙思想家洛克、孟德斯鸠、卢梭为代表的自然权利理论从“形而上”的角度研究权利的本质,指的是应然意义上的权利。从本源上讲,它并不是以法律为转移的,因而不能不加区别地把法律看做是权利的唯一基础或根据,不能笼统地把法律看做是权利的先决条件。所以,在有权利的地方,并不一定存在法律。^{〔1〕}在我国特有的国情下,在权利的研究和有关权利的社会实践中,社会公众比较重视的是权利的实证化,也就是说在宪法和法律条文的明确规定下,公众较易认可权利的存在;在没有明文规定下,哪怕是理所当然存在的权利,人们也会对权利的正当性存有疑问。比如“孙志刚”案^{〔2〕}引发的社会讨论和思考。国务院从1982年开始实施的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》是否和宪法保护公民人身自由的条款相违背,其合法性何在,收容制度是否合理等,这一系列问题引发了全社会的关注,最终导致该办法被撤销。但是,该案件留给人们的思考远远没有结束。权利尤其是其中的基本权利是否在法律没有明确赋予的情况下就不存在,法律对基本权利进行限制的有关规定是否合宪,“非法的权力”^{〔3〕}效力如何等问题,有必要进行深入细致的思考和探索。从这个角度看,西方“形而上”自然权利观对我国的权利理论和实践有其积极意义,自然权利是先于国家、先于宪法而存在的,是人之为人最基本的权利,是把人当做目的而不是手段而应承认的权利。从这个角度理解自然权利并且增进自然权利神圣不可侵犯的社会公众意识,是社会主义法治建设中法治思想的重要内容。

2. “形而下”的权利观

有别于自然法学和自然权利从“形而上”角度研究权利,法学家对权利进行实证化研究,将权利局限于法律领域内,仅从法律意义上看待权利。

德国法学家耶林提醒人们注意权利背后的利益。他说,权利就是受到法律保护的利益。同时,不是所有的利益都是权利,只有为法律承认和保障的利益才是权利。例如,我要求被批准持有、使用和控制我的表,这种主张

〔1〕 公丕祥:《权利现象的逻辑》,山东人民出版社2002年版,第4页。

〔2〕 该案件的大致情况是:2003年3月17日,湖北青年孙志刚在广州黄村大街行走,因“未携带任何证件”被天河区公安分局黄村街派出所民警带回询问,随后以“三无”人员身份转送广州市收容遣送中转站。18日晚,孙志刚称有病被送往广州收容人员救治站诊治。20日凌晨1时13分至1时30分,孙志刚遭到同病房的其他8名被收治人员轮番殴打。20日上午10时20分,孙志刚因大面积软组织损伤休克死亡。

〔3〕 笔者这里所说的“非法的权力”指的是违反自然法精神,表面上采取国家规范性法律文件的形式,实则侵犯个体基本权利的法律规范所规定的“权力”。

或要求得到法律保护,于是我就享有一项法律权利。^[1]

美国的霍菲尔德对权利及相关概念进行了分析。霍菲尔德宣称“权利”一词包含要求、特权或自由、权力以及豁免这四种情形。它们都是法律上的“优势”。虽然霍氏没有这样说,但是,它们有一个共同之处,这就是说,它们都是资格,也就是法律授予这些权利的享有者所拥有的优势。^[2] 权利包含了要求权、自由权、权力权和豁免权四个方面。权利的四分法维护了行为和接受的区分:要求权和豁免权分别是积极的接受和消极的接受;自由权是“自主”行为的权利,权力权则是“主他”行为的权利。霍氏进而在四种法律优势的“相对”和“相关”之间进行了区分。权利的“相对”表明的是有权利者和无权利者在法律上所处的优势和劣势之分,权力的“相关”表明的是权利人和义务人之间的权利义务相互依存关系。霍氏的分析表明了权利是个非常复杂的社会和法律现象,绝非用只言片语能说得清楚,只有具体区分权利所具体使用的场合才能把握其具体含义。

另一位对权利研究的集大成者是美国著名法理学家庞德。他在《通过法律的社会控制》一书中,对权利作了六种意义上的划分。^[3] 第一,权利指的是利益。权利可以解释为特定的主体认为或者感到基于伦理的理由应当加以承认或保障的东西,也可解释为被承认的、被划定界限的和被保障的利益。第二,权利是指法律上得到承认和被划定界限的利益,加上用来保障它的法律工具,这可以称为广义的法律权利。第三,权利是指一种通过政治组织社会的强力(保障各种被承认的利益的工具的一部分),来强制另一个人或所有其他人去从事某一行为或者不从事某一行为的能力。也就是狭义的法律权利。第四,权利被用来指一种设立、改变或剥夺各种狭义法律权利从而设立或改变各种义务的能力。第五,权利是指某些可以说是法律上不过问的情况,也就是某些对自然能力在法律上不加限制的情况。第六,权利还被用在纯粹伦理意义上来指什么是正义的。庞德对权利所作的解释不在于创造而在于总结,其对权利六种意义的划分是对权利历史上存在过的诸学

[1] [美]庞德:《通过法律的社会控制——法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第46页。

[2] [英]A. J. M. 米尔恩:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社1995年版,第118页。

[3] [美]庞德:《通过法律的社会控制——法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第46~48页。

说的概括和总结。

(三) 权利本质的要素

借鉴西方权利理论尤其是“形而下”的分析结论,我国学者对权利的本质属性做出了要素分析。

葛洪义教授在1989年的《论法律权利的概念》一文中把权利要素归纳为个体自主地位、利益、自由、权力四大要素,并以此给权利下了一个综合性定义:法律权利是国家对个体根据自己的意志谋求自身利益的自由活动的认可与限制,目的是确保一定社会政治经济条件下的个体自主地位的实现。^{〔1〕}

夏勇教授在1992年出版的《人权概念起源——权利的历史哲学》中提出:“如果我们将各种关于权利属性的描述结合起来,并顺着这条线索,联系权利的实态,就会得出关于权利本质的比较全面的认识。”^{〔2〕}他将权利归结为利益、主张、资格、权能、自由五大要素。对于一项权利的成立来讲,这五个要素是必不可少的。以其中任何一个要素为原点,以其他要素为内容,给权利下一个定义,都不为错。这就要看你强调权利属性的哪个方面。从微观的角度看,一项具体权利之孕育、产生和确立,无非是这五个要素之形成。从宏观的角度看,权利概念产生的历史过程,也就是这五个要素逐渐形成的历史过程。^{〔3〕}

1995年北岳在《法律权利的定义》一文中把权利要素归结为主体的实体要素(主体对利益的追求与维护)、主体的形式要素(主体可以做出的行为选择自由)、社会的实体要素(社会评价为正当)、社会的形式要素(国家和法律保护帮助),并给权利下定义:法律权利是主体为追求或维护利益而进行行为选择并因社会承认正当而受法律和国家承认并保护的行为自由。^{〔4〕}

1998年程燎原教授和王人博教授在《权利及其救济》一书中将权利要素归结为自由意志、利益、行为自由,并给权利下定义:权利就是由自由意志支配的,以某种利益为目的的一定的行为自由。^{〔5〕}

1999年吕世伦、文正邦在《法哲学论》一书中把权利要素归纳为利益、行

〔1〕 葛洪义:“论法律权利的概念”,载《法律科学》1989年第1期。

〔2〕 夏勇:《人权概念起源——权利的历史哲学》,中国政法大学出版社2001年版,第46页。

〔3〕 夏勇:《人权概念起源——权利的历史哲学》,中国政法大学出版社2001年版,第48页。

〔4〕 北岳:“法律权利的定义”,载《法学研究》1995年第3期。

〔5〕 程燎原、王人博:《权利及其救济》,山东人民出版社1998年版,第31页。

为自由、意志,并以此给权利作的定义是:人们为满足一定的需要,获求一定的利益而采取一定行为的资格和可能性。^{〔1〕}

(四)权利概念的初步总结

以上对权利概念复杂性的分析,表明权利概念和法律概念在西方法律发展史中是密不可分的,两者分别从不同角度描述正义的内在和外在要求:权利是正义内在要求的表现,法律是正义外在要求的体现。从“形而上”角度研究权利,对理解权利的自然法和自然正义依据是至关重要的;从“形而下”角度研究权利,能够把权利获得法律保护的依据纳入权利的含义之内,是一种权利的实证化、社会化考察。应当说,“形而上”和“形而下”各自不同角度的研究思路对于权利的研究都是必要的和重要的。尤其在“形而下”的研究思路影响下,国内法学家如夏勇等从权利要素角度研究权利的实质,应当说对概括权利的概念具有积极意义。

但是,笔者认为,在国内法学家从权利要素角度归纳权利的实质和概念时,也有明显的不足之处。其主要体现在对权利和权力的区分不明显,以及相应的对公私法区分不明显,这就使得学者在权利定义中要么是对权利主体避而不谈,要么是权利主体不够明确化。以下笔者对此稍加论述。第一,大陆法系对国内法律体系作公法和私法的二元划分,是一种研究法律制度和法律规则的常见方法。对于认识权利这一和法律密切关联,且作为法律研究的核心概念而言,公私法二元划分对认识权利本质的意义不可忽视。第二,公私法区别的基本标准,主要有三:主体说(私法主体的双方都是私人或私团体;公法主体的双方或最少一方是国家或在国家之下的公团体)、法律关系性质说(公法关系是权力者与服从者间的关系;私法关系是对等者之间的关系)、利益说(以公益为目的的法是公法;以私益为目的的法是私法)。^{〔2〕}即使标准不一,公私法二元划分的结果基本上是一致的,比如民商法是典型的私法,而行政法、刑法是典型的公法。第三,权利从公法角度而言,是个体获得政府公权力保护和对抗政府公权力非法干预的手段;从私法角度而言,权利是特定个体针对其他个体享有的法律优势。综上,笔者对权利所作的定义是:权利是个体正义体现于法律上的一种优势,通过法律承认、规定和保护,特定个体享有的获得政府公权力保护和对抗政府公权力非法干涉以及防止

〔1〕 吕世伦、文正邦:《法哲学论》,中国人民大学出版社1999年版,第544~555页。

〔2〕 [日]美浓部达吉:《公法与私法》,黄冯明译,中国政法大学出版社2003年版,第24~28页。

和救济其他个体侵犯自己合法利益的利益、主张、资格、权能或自由。

二、基本权利的含义及类型化

(一) 基本权利的含义

通过对权利概念和实质的考察,可以得出结论,权利和法律关系密切,从法律角度研究权利是一种实证化的研究思路。在对权利进行的实证化研究中,基本权利处于基础地位。

基本权利是和一般权利相对称的。其含义是:特定社会个体基于宪法所享有的要求国家公权力应当实施或者不得实施某些行为,以保护自己合法利益的主张、资格、权能和自由。理解基本权利的关键有三:第一,基本权利的产生依据是作为根本法的宪法,而非民法、经济法等部门法,因此属于权利体系中基础性、原生性的权利,这一点有别于依照部门法规定产生的一般权利,如物权、知识产权、竞争性权利等。第二,本文称之为基本权利,没有称之为宪法权利,道理在于基本权利是应然性宪法权利,也就是说宪法中应该规定的个体所享有的对抗国家公权力的权利,不一定是宪法的实然规定。第三,基本权利和一般权利的关系,恰如宪法和部门法的关系。宪法乃一国法律体系之母,现代国家之基,^[1]部门法是法律体系的组成部分,宪法对各部门法起到统帅作用。基本权利是一般权利的基础和根据,一般权利是基本权利的具体化和有形化。

(二) 基本权利和人权的关系

要准确界定和全面把握基本权利的含义,需要厘清其与人权的关系。马克思认为,“不同于 *droits du citoyen* [公民权] 的 *droits del' homme* [人权],无非是市民社会的成员的权利,也就是说,无非是利己的人的权利同其他人并同共同体分离开来的人的权利”^[2] 那么这种人权具体指哪些权利呢?马克思认为,体现雅各宾派激进主张的 1793 年《人和公民权利宣言》明确列举了人权的具体内容,包括自由、财产、平等、安全。^[3] 人们往往将人权和基本权利不加区分地适用在立法或者学术研究之中,如美国 1791 年《人权法案》(Bill of Right) 未区别“权利”(right) 和“天赋人权”(inherent right); 德国

[1] 蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社 2004 年版,序第 1 页。

[2] 《马克思恩格斯全集》(第 3 卷),人民出版社 2002 年版,第 182 ~ 183 页。

[3] 付子堂:“马克思对现代人权理论的贡献——基于《论犹太人问题》的分析”,载《求是学刊》2012 年第 6 期。